

DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO

HUMBERTO MARTINS

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

1. Por serem formas de punição à inércia, a decadência e a prescrição, no direito tributário, são institutos de direito material ou processual?

Inicialmente, é importante apresentar os conceitos de prescrição e de decadência, com o fim de permitir a adequada figuração no âmbito do direito material e do direito processual.

A prescrição e a decadência, conquanto referidas no direito brasileiro dê as Ordenações – a última sob o *nomen iuris* da caducidade –, foram tratadas de modo mais adequado, em termos científicos, no Código Civil de 1916. De imediato, a dogmática ressentiu-se de alguma indefinição concreta quanto aos limites teóricos dessas figuras jurídicas. Os esforços para estabelecer um *critério objetivo* para sua departição couberam à doutrina e à jurisprudência. Todavia, durante a vigência do Código Beviláqua, prevaleceu o gradiente proposto por Antônio Luís da Câmara Leal, que compreendia a *prescrição* como a perda do direito de ação pela inércia de seu titular ao realizar atos de natureza conservativa, capazes de impedir, suspender ou interromper seu nascimento ou seu fluxo. A caducidade, ao estilo de Antônio Luís da Câmara Leal, corresponderia à perda do próprio direito material ante a postura omissiva do sujeito em atuar juridicamente.¹

O Código Civil de 2002, outrossim, adotou a corrente teórica de Agnelo Amorim Filho, exposta em seu histórico artigo Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações

¹ CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência*. Atual. Por José de Aguiar Dias. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 115.

imprescritíveis,² que apresenta a prescrição, à moda alemã, como causa da perda da pretensão (*anspruch*) e não do direito de ação. Assim, parte-se da idéia de que a decadência é a perda do direito pelo seu não-uso, enquanto a prescrição é a perda, por igual razão, da pretensão. A unir a prescrição e a decadência estaria a natureza de atos-fatos jurídicos, nos quais necessita da vontade para o ato existir, todavia ela é abstraída pela norma.³

Nessa espécie de fato jurídico, enquadram-se os sobreditos institutos como atos-fatos caducantes, definidos por Marcos Bernardes de Mello como aqueles em que se concretizam situações constitutivas de fatos jurídicos, cujo efeito consiste na extinção de determinado direito e, por consequência, "da pretensão, da ação e da exceção dele decorrentes como ocorre na decadência, ou no encobrimento somente da pretensão, da ação ou da exceção, conforme acontece na prescrição, independentemente de ato ilícito de seu titular".⁴

No direito tributário, o Código Tributário Nacional diferenciou decadência e prescrição, tratando da primeira no art. 173 e da segunda no art. 174. A concepção dominante é de que existe a decadência do direito de lançar, ou seja, de constituir o crédito tributário, nos prazos estabelecidos no primeiro dispositivo acima, enquanto a prescrição relaciona-se, posteriormente, com o exercício da ação de cobrança pelo Fisco do crédito tributário já devidamente constituído.

Feitas tais considerações, importa volver os olhos para a indagação formulada a fim de apresentar nossa visão a respeito do enquadramento dos institutos em comento na dualidade direito material e direito processual.

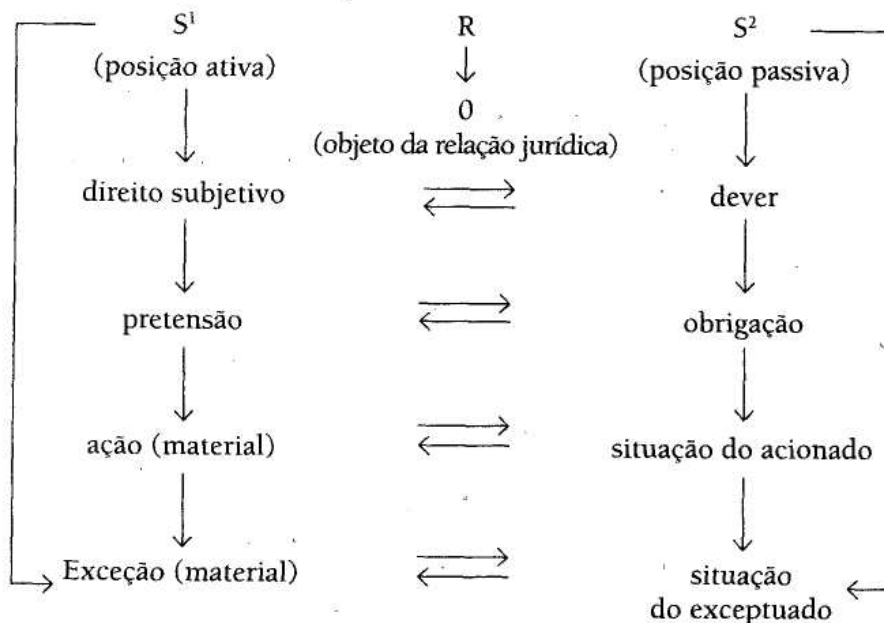
² AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil* 3/95-132, São Paulo, jan.-jun. 1961.

³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 114.

⁴ Idem.p. 117.

Sem dúvida, decadência e prescrição são institutos de direito material, tendo, contudo, implicações no direito processual, porquanto este, apesar de autônomo, é um instrumento de realização daquele.

Para solidificar o pensamento exposto, curial recordar a dinâmica da relação jurídica, na concepção de Marcos Bernardes de Mello, que se alicerça no magistério de Pontes de Miranda. A relação jurídica nada mais é do que o efeito do fato jurídico, que resulta da incidência infalível e incondicional da norma jurídica sobre um suporte fático suficiente. Tal liame pode ser graficamente assim representado, conforme se colhe na obra de Bernardes de Mello:⁵



Dessa forma, a cada direito corresponde um dever, e assim sucessivamente com os demais elementos da relação jurídica. A decadência fulmina o próprio direito material potestativo, enquanto a prescrição mortifica a pretensão de direito material, ou seja, a exigibilidade do sujeito ativo junto ao sujeito passivo do cumprimento da

⁵ Idem, p. 157.

obrigação. Tudo passa no plano do direito material. Até aqui não existe processo.

É preciso bem salientar que a pretensão que se fala não é a processual, muito menos a ação ali referida é processual, mas somente de natureza material. Não satisfeito o direito, surge a pretensão, a ação e, por fim, a exceção de direito material.

Por derradeiro, frisamos que a prova objetiva de que a prescrição situa-se no campo do direito material é a opinião de Hugo de Brito Machado, no sentido de que a prescrição atinge o próprio crédito tributário.⁶

Finalizamos ressaltando que a resposta à indagação formulada é que prescrição e decadência são institutos de direito material, que apenas se refletem no processo.

Estão elas inseridas no âmago da relação jurídica de direito material, afetando um dos seus elementos, ao passo que conduzem para o processo a consequência de ele ser julgado improcedente, vale dizer, por rejeição do pedido, com resolução do mérito.

2. Esses institutos se aplicam de forma isonômica ou distinta, dependendo de tratar-se de inércia por parte do contribuinte em recuperar o indébito, ou do Fisco em cobrar o que lhe é devido? Quais as semelhanças ou diferenças entre os arts. 165 a 169 e os arts. 173 e 174 do CTN, que justificam a resposta dada à primeira parte da questão?

⁶ "Essa observação, que pode parecer acadêmica, tem, pelo contrário, grande alcance prático. Se a prescrição atingisse apenas a ação para cobrança, mas não o próprio crédito tributário, a Fazenda Pública, embora sem ação para cobrar seus créditos depois de cinco anos de definitividade constituídos, poderia recusar o fornecimento de certidões negativas aos respectivos sujeitos passivos. Mas como a prescrição extingue o crédito tributário, tal recusa obviamente não se justifica" (MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 164).

Em relação à isonomia da ação de repetição de indébito tributário com a ação de cobrança tributária, fazemos as seguintes observações.

Quanto ao cômputo de juros moratórios, o tratamento é isonômico; porquanto, em ambas as situações, é utilizada a Taxa Selic, nos termos do art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95.

Interessante registrar que o contribuinte, para restituição de indébito tributário, nas hipóteses de tributos indiretos (ICMS, IPI, entre outros), tem o encargo de demonstrar o não-repasse a terceiros (contribuintes de fato) do montante indevidamente recolhido ao Fisco (art. 166 do CTN). A nosso ver, tal regra revela o desequilíbrio no ônus da prova, como bem observa Gustavo M. de Mello:⁷

"O princípio da segurança jurídica consagrado pelo *caput* do art. 5º da Lei Maior é incompatível com a atribuição do ônus da prova ao contribuinte nos casos de cobrança e restituição de tributos. A propósito do ônus da prova, ensina José Carlos Barbosa Moreira, confirmando e ampliando conclusão alcançada por Micheli:

"'(...) a Doutrina costuma expressar essa idéia dizendo que as regras sobre ônus da prova constituem, no fundo, regras de julgamento, das quais se vale o órgão judicial, por não lhe ser dado cingir-se a um *non liquet*, exatamente nos casos em que de certo fato, relevante para a decisão da causa, não se obteve prova alguma. O valor normativo das disposições pertinentes à distribuição do ônus probandi assume real importância na ausência de prova: em semelhante hipótese é que o juiz há de indagar a qual dos litigantes competia o ônus, para imputar-lhe as consequências desfavoráveis da lacuna existente no material probatório'.

Conclui-se, assim, que o dispositivo do art. 166 do CTN, que atribui ao contribuinte o ônus da prova de não haver

⁷ In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Comentários ao Código Tributário Nacional* (arts. 96 a 218). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 399-400.

transferido um encargo financeiro de tributo, é incompatível com os princípios constitucionais da igualdade, da segurança, do respeito à capacidade econômica e da equidade, (...).

Assim, a regra de demonstração do não-repasse (art. 166 do CTN) causa desequilíbrio na relação Fisco-contribuinte, sendo que este último se vê afligido com um ônus sem justificativa alguma do que somente uma visão distorcida do princípio veda o enriquecimento sem causa.

É preciso alvitrar que atividade comercial não deixa de estar sujeita às intempéries, que muito lhe dificultam o ônus da prova. Ademais, parte-se para construir esta falsa premissa de enriquecimento sem causa de uma presunção que não é sempre confirmada, qual seja, de que a carga tributária necessariamente é suportada pelo contribuinte de fato. Existem inúmeras situações, como são exemplos as atividades operacionais da empresa, que a infirmam. O contribuinte de direito, mesmo que em nível mínimo, tem repercutido em seu equilíbrio financeiro os desgastes da imposição tributária; porquanto, até por razões de livre concorrência, não poderá repassar por inteiro o tributo, suportando-o em parte. Impedir-lhe de buscar tal restituição inverte a lógica do enriquecimento sem a causa, dessa vez, a favor do Fisco.

Outra forma de desequilíbrio no liame tensionado Fisco-contribuinte é a regra do parágrafo único do art. 169 do CTN, que veicula uma hipótese de prescrição intercorrente, dentro de um período exíguo de um ano. Não se diga que, diante da interpretação que lhe empresta a jurisprudência, no sentido de somente ser aplicada em casos de demora na citação imputada ao autor, seria ela razoável. Mesmo assim, estabelece-se um distanciamento entre a prescrição intercorrente na ação de cobrança do crédito tributário e a ação anulatória da decisão administrativa denegatória da restituição do indébito tributário; a primeira, por imperativo do § 4º do art. 40 da Lei de Execução Fiscal, tem

um prazo de cinco anos, enquanto a segunda está submetida ao minguido prazo de um ano. É evidente a falta de isonomia.

Sem falar, ainda, que o parágrafo único do art. 167 do CTN afirma que os juros não capitalizáveis, em casos de ressarcimento de indébito tributário, somente começam a fluir do trânsito em julgado da decisão judicial favorável ao contribuinte. Ora, os juros moratórios para a cobrança do crédito tributário provêm desde o vencimento da obrigação tributária. Por que, então, o contribuinte não teria o direito aos juros computados desde o pagamento indevido? Não há razão que justifique afirmativa em sentido contrário. Trata-se uma mesma situação tratada de forma desigual, sem que haja uma finalidade justificável que a albergue. Todo discripe tem que ter um escopo sustentável, uma razão jurídica e/ou fática que lhe dê substância. Sem isso, cuida-se de um tratamento antiisonômico, que deve ser rechaçado.

Lembramos, ainda, de que a decadência tributária possui a peculiaridade de permitir sua interrupção, o que não ocorre nas demais searas do direito. Todavia, esta interrupção somente se aplica a favor do Fisco, penalizando o contribuinte. Portanto, há claro tratamento diferenciado, mas não se pode, como regra geral, ser levado a cabo. Tal interrupção somente deverá ocorrer em casos excepcionais, nos quais a anulação do anterior lançamento tributário ocorreu, não por desídia da Administração, mas por elementos involuntários que sejam justificáveis. Do contrário, estaria o contribuinte preso a erro administrativo imotivado, sendo prejudicado, sem razão, e simplesmente por ação não-condizente do Fisco.

As considerações supra firmadas, a respeito de eventual desnivelamento no tratamento entre prescrição e decadência para efeito de lançamento/cobrança do crédito e ação de repetição de indébito, são ainda prematuras, pois serão objeto de posterior e mais aprofundada reflexão, razão pela qual, ainda, não vinculam o nosso mister de julgador.

3. O art. 3º da LC 118/2005 é de natureza interpretativa ou modificativa? Como interpretar os §§ 1º e 4º do art. 150 do CTN, à luz do referido dispositivo?

Pouco tempo depois de editada a LC 118/2005, o STJ colocou sobre objeto de julgamento o art. 3º, da referida Lei, que afirma ser o prazo para repetição de indébito tributário de cinco anos. Tal preceito, conforme a inteligência do art. 4º do mesmo Diploma, é denominado de ordem interpretativa, com aplicação retroativa, nos termos do art. 106, I, do CTN.⁸

Comungamos do entendimento pacificado no STJ de que a LC 118/2005 é modificativa e não interpretativa, daí por que necessário se faz uma releitura do art. 150, §§ 1º e 4º, do CTN, que dispõe sobre o prazo do lançamento por homologação. Tal dispositivo restou alterado, por influência da ação do legislador complementar, cabível, nos termos do art. 146, III, *b*, da CF/88.

É preciso observar o cânone hermenêutico da totalidade do sistema jurídico, em que o simples texto de lei, veiculado por um solitário dispositivo, não tem o condão de expressar a real norma jurídica. Para tanto, mister a conjugação de demais textos legislativos. Tal cânone foi sobejamente delineado por Becker,⁹ *verbis*:

A lei considerada em si mesma, como um ser isolado, não existe como regra jurídica. Isolada em si mesma, a lei existe apenas como fórmula legislativa sem conteúdo jurídico ou como simples fenômeno histórico. (...) A regra jurídica contida na lei (fórmula literal legislativa) é a resultante lógica de um complexo de ações e reações que se processam no sistema jurídico onde foi promulgada. A lei age sobre as demais leis do sistema, estas, por sua vez, reagem; a

⁸ "Consectário desse raciocínio é que a LC 118, de 09.02.2005, aplica-se, tão-somente, aos fatos geradores pretéritos ainda não submetidos ao crivo judicial, pelo que o novo regramento não é retroativo mercê de interpretativo. É que toda lei interpretativa, como toda lei, não pode retroagir" (STJ, 1.ª Seção, Sr. Min. Luiz Fux, j. 27.04.2005).

⁹ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 2002. p. 115.

resultante lógica é verdadeira regra jurídica da lei que provocou o impacto inicial.

Saliente-se, ainda, que temos dúvidas a respeito da real existência das normas interpretativas. Qual seria a utilidade de tais normas? Em que influiriam elas no ordenamento jurídico? Esclarecer algo já posto pelo próprio legislador significa tornar mais forte determinado entendimento e, assim, como é o caso da LC 118/2005, modificar disposições legais a favor do interesse do Fisco. Nada foi esclarecido, apenas inovado o posicionamento, derrubando-se o que prevalecia no seio do Órgão maior de interpretação da legislação federal: o STJ, que adota e esposa, com relação aos fatos geradores pretéritos à entrada em vigor da referida lei complementar, o entendimento de que o prazo para repetição de indébito tributário é de cinco anos, mais cinco. Houve, sem dúvida, modificação, não somente de interpretação, mas de ordem legal.

Ademais, o objeto da homologação (nítido ato administrativo) não é o pagamento, mas tão-somente, segundo Hugo de Brito Machado (2005, p. 183), a atividade do sujeito passivo de apuração do tributo.¹⁰

Assim, a inteligência do art. 150, §§ 1º e 4º, do CTN, para efeito do cômputo do prazo para repetição de indébito, resta alterado, passando a vigor a regra do art. 3.º da LC 118/2005, somente para os fatos geradores posteriores ao seu advento, nos termos do entendimento do Superior Tribunal de Justiça (EREsp 327043/DF). Importa ressaltar que a disciplina do lançamento por homologação continua a mesma, e com os prazos previstos naquele dispositivo. No entanto, o lapso prescricional para repetição do indébito tributário, doravante, será de cinco anos.

4. A alteração do art. 40, § 4º, da Lei 6.830, de 1980, promovida pelo art. 6º da Lei 11.051, de 2004, reconheceu expressamente uma situação de prescrição intercorrente, no âmbito do processo judicial tributário. Considerando o sistema

¹⁰ *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 183.

tributário brasileiro (Constituição Federal e Código Tributário Nacional) é possível identificarmos outras hipóteses de prescrição intercorrente, além dessa? E no processo administrativo tributário, é possível reconhecermos situações em que se dá a prescrição intercorrente?

Inicialmente, vale lembrar que o art. 169 do CTN diz que o prazo de prescrição da ação anulatória da decisão administrativa que denegar a restituição do indébito tributário é de dois anos. Entretanto, seu parágrafo único afirma que, uma vez movida a referida ação, o lapso prescricional recomeça a correr pela metade (um ano), a partir da intimação (*reticius* citação) da Fazenda Pública interessada.

Com efeito, o transcurso desse prazo de um ano, no âmago do processo judicial, é exemplo nítido de prescrição intercorrente. É certo que a doutrina e a jurisprudência entendem que somente flui esta forma de prescrição intercorrente nas hipóteses de demora de citação imputada ao autor.

Todavia, mesmo nesta situação, existe a prescrição intercorrente, agora legislativamente reconhecida pela Lei 11.051/2004, que introduziu o § 4º no art. 40 da Lei de Execução Fiscal.

No tocante à prescrição intercorrente no processo administrativo tributário, observamos que os Tribunais, notadamente o STJ, rechaçam-na, sob o argumento de que, no período de tempo que medeia o lançamento e a constituição definitiva do crédito tributário, em que houve provocação do contribuinte com a apresentação de impugnação e/ou recurso, a exigibilidade do crédito tributário encontra-se suspensa, em razão do art. 151, III, do CTN. O posicionamento é prevalecente no STJ.¹¹

¹¹ 1.ª Seção, rel. o Sr. Min. Luiz Fux, j. 20.06.2006, DJ 1.º.08.2006.

A doutrina veicula argumentos secundando o entendimento jurisprudencial supra, aduzindo que por meio de princípios do impulso oficial, que predomina no processo administrativo a relevância do princípio da supremacia do interesse público, a prescrição intercorrente encontra óbices. A ação (a nosso ver pretensão) somente seria atingida pela prescrição quando ajuizada, ou seja, no decorrer do processo judicial.

Na nossa atividade judicante, especialmente no STJ, ainda não deparamos com tal matéria; daí por que acreditamos que, depois de acentuada meditação, poderemos formar um convencimento sólido, que aponte numa solução satisfatória da questão. Por enquanto, nada obstante as observações acima, ainda não temos opinião formada.

A propósito, algumas considerações. A principal crítica na doutrina contra a abominação da existência de prescrição intercorrente no processo administrativo foi elaborada por Pimenta Lyrio.¹² Na sua visão, diante do princípio da eficiência, a Administração deve fornecer uma resposta célere e satisfatória à pretensão do particular. Assim, no âmbito do contencioso administrativo, prolongar sua gestão, deixando o contribuinte à mercê das mazelas do tempo, implicaria transtorno ao estatuto do contribuinte inscrito na Constituição.

A sociedade possui o direito de ter seus direitos apreciados pelo Poder Público de forma eficiente, sendo que a lentidão, em tal análise, foge aos fins da Administração, que sempre deve permear-se pela busca da satisfação do interesse público. Demora e eficiência são conceitos que se repelem. Somente se admite o retardo na apreciação do interesse do particular pela Administrativa quando os aspectos fáticos e técnicos envolvidos o justifiquem. Sem essa razão, com certeza, há distância do alicerce que edifica o móvel do Estado.

¹² LYRIO PIMENTA, Marcos Rogério. A prescrição intercorrente no processo administrativo tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário* 171/119-126, São Paulo, ago. 2001.

As conseqüências para o contribuinte, na demora no término do processo administrativo, são relevantes; porquanto terá ele que ficar instável, a acompanhar o desenrolar do processo, não por sua culpa, mas por ineficiência, em algumas ocasiões, do Fisco. Não se está a dizer que a lentidão na conclusão do processo administrativo seja sempre injustificável, ou somente imputada ao Fisco. Não. Razões outras existem, mas é preciso repensar o posicionamento a respeito da prescrição intercorrente no processo administrativo, para, talvez, reconhecê-la, em casos excepcionais, em que a ineficiência da Administração Fazendária não se justifica.

Sobre o prazo para o reconhecimento da prescrição intercorrente, acreditamos ser importante a observação de Lyrio:¹³

"De fato, o direito positivo não prescreve um prazo para que a autoridade fiscal julgue o processo administrativo tributário, ou seja, não existe previsão expressa de prescrição intercorrente". Todavia, o Código Tributário Nacional, em seu art. 108, I, prevê o uso da analogia para a aplicação da legislação tributária, na ausência de disposição expressa.

"Assim sendo, pensamos que neste caso podemos aplicar o art. 174 do Código Tributário Nacional (...).".

Assim, nesta indagação, observamos que a prescrição intercorrente no seio do processo administrativo tributário talvez deva ser repensada. A ela não nos filiamos, por enquanto, nem somos contra sua existência; nem a seu favor.

5. Pode o Estado, quando em condições de executar um crédito, deixar de fazê-lo, lançando mão, apenas, do protesto para interromper a prescrição (art. 174, II)? Caso negativa a resposta, seria correto concluir que poderia lançar mão dessa medida relativamente a processos administrativos não encerrados?

¹³ Idem, p. 122.

Implicaria, esta hipótese, um prazo máximo de cinco anos para que o processo administrativo venha a ser encerrado?

O Estado somente poderá fazer uso da ação cautelar de protesto quando não estiver em condições de ingressar em juízo com a ação de cobrança; vale dizer, execução fiscal. Caso reúna condições de proceder nesta última hipótese, não terá à sua disposição o protesto judicial, por carência de ação. Falece-lhe o interesse de agir, porquanto a tutela jurisdicional poderia ser prestada de uma forma mais satisfatória, por meio da execução fiscal.

Prolongar a gestão de um processo administrativo tributário, sem justificativa plausível, ou simplesmente após o seu encerramento, com o ajuizamento do protesto judicial para interromper a prescrição seria eternizar a possibilidade de cobrança do crédito tributário, tornando-o imprescritível. Sabe-se que isto é impossível, pois as hipóteses de imprescritibilidade somente são aquelas excepcionadas pela lei, o que não é o caso do direito de cobrança do crédito tributário, consoante a inteligência do art. 174 do CTN.

Quanto à possibilidade de utilização do protesto nos processos administrativos tributários ainda não encerrados, acreditamos que apenas em casos excepcionais, em que se motiva a demora do término do referido processo, é que o Fisco poderá fazer uso do referido instituto.

Todavia, apesar de ainda não ter opinião formada a respeito da prescrição intercorrente no processo administrativo tributário, seria de bom norte que se aplique, por analogia (art. 108,1, do CTN), o prazo máximo de cinco anos para utilização do protesto judicial, a contar do lançamento, sob pena de arrefecer os direitos do contribuinte e mantê-lo sempre a mercê da ação do Fisco.

Ressalte-se que o protesto judicial, na hipótese de seu exercício, somente poderá ser utilizado uma única vez, pois haveria a

interrupção da prescrição sem controle algum, causando instabilidade na relação jurídica entre Fisco e contribuinte.

Diante destas afirmações, entendemos que a ação cautelar de protesto para interrupção da prescrição tributária apenas tem cabimento nos casos em que o Fisco esteja imobilizado para ingressar com a ação de cobrança (execução fiscal), sob pena de perenizar sua pretensão e, dessa forma, desfavorecer o contribuinte, que ficaria sempre sob a ameaça de ser cobrado eternamente.

6. A discussão sobre decadência e prescrição é matéria circunscrita ao campo da legalidade, ou pode caracterizar ofensa à Constituição, ensejando a propositura de recurso extraordinário ao Pretório Excelso?

A matéria relativa à decadência e prescrição não está apenas cingida ao campo da legalidade, possuindo foros constitucionais, porquanto o art. 146, III, *b*, da CF/88 reserva à lei complementar traçar normas gerais a respeito de tais institutos. Assim, por derivação pode haver violação à Constituição, no debate de decadência e prescrição, dando ensejo à interposição de recurso extraordinário perante o STF.

O exemplo notável deste entendimento é que a discussão acerca da modificação de prazo de decadência e prescrição, por intermédio de lei ordinária, que é considerada ofensa à Constituição, uma vez que tal matéria, como dito, pertence à seara da lei complementar. Assim, o conflito de hierarquia de leis é solvido em termos constitucionais.¹⁴

Além deste argumento, observamos que decadência e também a prescrição tributária (diante do § 4º do art. 40 da Lei 6.830/80 – incluído pela Lei 11.051, de 2004) são matérias de ordem pública,

passíveis de conhecimento em qualquer jurisdição, a teor do § 3º do art. 267 do CPC, diante do efeito translativo dos recursos.

Tal efeito tem assumido bastante relevância na processualística brasileira, chegando, diante de construção principalmente da jurisprudência, a possibilitar o exame da matéria de ordem pública, mesmo quando ausente o necessário prequestionamento da questão federal e constitucional.

A base deste entendimento deriva da Súmula 456 do STF: "O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie". Em igual sentido são os arts. 324 e 257 do RISTF e RISTJ, respectivamente.

Dessa forma, havendo o conhecimento dos recursos extremos, por motivo qualquer que não a questão de ordem pública (onde se enquadram à decadência e a prescrição), o STF e o STJ poderão examinar esta última matéria, apesar de não estar prequestionada.

Portanto, decadência e prescrição são consideradas sob o enfoque constitucional, diante de sua previsão na Constituição Federal de 1988 (art. 146, III, *b*), bem como por se tratarem de matéria de ordem pública, que podem ser veiculadas mediante recurso extraordinário, independentemente de prequestionamento, nos termos da Súmula 456 do STF, desde que o recurso tenha sido conhecido por outro fundamento.

BIBLIOGRAFIA

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, n. 3, p. 95-132, jan.-jun. 1961.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 2002.

14. Nesse sentido: 2.^a T., REsp 841978/PE, rel. Min. Castro Meira, *DJ* 1.º.09.2006.

CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. *Da prescrição e da decadência*. Atual. Por José de Aguiar Dias. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

LYRIO PIMENTA, Marcos Rogério. A prescrição intercorrente no processo administrativo tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 171, p. 119-126, ago. 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Gustavo M. *Comentários ao Código Tributário Nacional* (arts. 96 a 218). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do jato jurídico: plano da existência*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.